

La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO*

Resumen

La influencia de la concepción de Roxin sobre la autoría ha sido grande en España, como en tantos otros países. No sólo cuenta con numerosos seguidores, sino que es centro de cualquier reflexión sobre la autoría. Se repasan panorámicamente las corrientes seguidoras y las discrepantes en España y se continúa el debate con la concepción roxiniana de la coautoría.

Abstract

The influence of Roxin's conception on perpetratorship has been very important in Spain, as in many other countries. It has not only numerous followers, but it is a center of any reflection on perpetratorship. This paper reviews both the conformist and dissenting currents in Spain. The debate is continued with Roxin's conception on co-perpetratorship.

* Catedrático de Derecho penal de la Universidad de León (España). La versión alemana de este trabajo apareció en el número 5/2011 de la revista *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, que homenajeaba al Prof. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, con motivo de su 80º cumpleaños; de ahí las referencias iniciales a éste y el propio contenido del artículo. Por otra parte, el trabajo se inscribe, además de en otros anteriores, en los proyectos de investigación DER2010-16558 (Ministerio de Ciencia e Innovación de España, hoy de Economía y Competitividad, en parte con fondos FEDER) y LE066A11-1 (Junta de Castilla y León, España), de los que soy investigador principal.
Correo electrónico: mdia@unileon.es.

Palabras Clave

Autoría, coautoría, dominio del hecho, dominio funcional del hecho, determinación objetiva y positiva del hecho, concepto restrictivo de autor.

Key words

Perpetratorship, co-perpetratorship, domination of the act, functional domination of the act, objective and positive determination of the act, restrictive concept of perpetrator.

Sumario

1. Introducción; 2. La influencia de la teoría de la autoría de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas; 3. Otras concepciones de la autoría en España; 3.1. La teoría objetivo-formal; 3.2. Las propuestas (fuertemente) normativizadoras; 4. ¿Versiones heterodoxas de la teoría del dominio del hecho?; 4.1. Precisiones; 4.2. La teoría de la pertenencia del hecho; 4.3. La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho; 5. Crítica a la concepción de la coautoría de Roxin (el dominio funcional del hecho); 5.1. Introducción; 5.2. El plan común o resolución conjunta; 5.3. La esencialidad de la contribución; 5.3.1. La exigencia; 5.3.2. La crítica; 5.3.3. La réplica; 5.3.4. La contrarréplica (y la nueva réplica de Roxin... y a ésta); 5.4. La actuación en fase ejecutiva; 6. Un concepto verdaderamente restrictivo de autor también en la coautoría. Su practicabilidad en España y sus dificultades en Alemania; 6.1. ¿Un concepto tan restrictivo de coautoría que resulta superfluo?; 6.2. Las dificultades de ciertos ordenamientos (como el alemán).

1. Introducción

El Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin ha ejercido una influencia fundamental en la ciencia y en la práctica jurídico-penal alemana y de un sinnúmero de países en todo el mundo. Esto cabe predicarlo de su concepción general del Derecho penal y de sus aportaciones a multitud de problemas concretos, especialmente de la parte general, de éste. Pero es la autoría, por la impresionante importancia de las aportaciones de Roxin, uno de los campos en que esa influencia es especialmente notoria. Un país como España, tan atento a la doctrina jurídico-penal alemana y en el que Roxin tiene tantos colegas cercanos, discípulos, seguidores y amigos, y, en todo caso, admiradores de su obra, no podía ser menos.

Por ello, homenajeo a mi maestro alemán, Claus Roxin, nuevamente¹ con un trabajo sobre autoría, esta vez para dibujar en grandes líneas la influencia de su teoría de la autoría en la doctrina y jurisprudencia españolas, esbozar un panorama de otras concepciones sustentadas en España y retomar la discusión sobre su concepto de coautoría, contestando, en la medida de lo posible, a las réplicas que se han hecho (incluso por el propio Roxin) a mi crítica al criterio del dominio funcional del hecho, y a las críticas al por mí sustentado de la determinación objetiva y positiva del hecho.

Comparto básicamente la concepción del Derecho penal de Claus Roxin y admiro su obra como la de ningún otro autor; por ello sé que su talante admite e incluso anima la crítica (en mi caso, desde luego, parcial) a sus propias construcciones como modo de proseguir el debate científico del que Roxin nos ha enseñado a tantos a no rehuir jamás.

Felicidades en su 80 cumpleaños, querido maestro, y siga mucho más tiempo alumbrándonos (y deslumbrándonos) con su obra y su vida.

1 He tenido la fortuna de homenajear a Roxin por escrito en diversas ocasiones. Así, sobre el tema de la autoría, en lengua alemana, en: LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwicklung als Täterschaftsmerkmale", en SCHÜNEMANN (dir.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin - New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 575 ss. [aparecido con ligeras variaciones en España: "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, VIII, 2000, pp. 53 ss., y en Colombia en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, N° 2, 2003, pp. 89 ss.]. En español, sobre aspectos del mismo tema, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría (comunicación)", en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal: Libro-homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 305 ss.; lo., "'Coautoría' alternativa y 'coautoría' aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría", en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 295 ss.; y, sobre un tema distinto (el error), en Portugal, aunque en lengua española, ID., "Algunas cuestiones del error en Derecho penal", en VALDÁGUA (coord.), *Problemas fundamentais de Direito Penal - Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa, Universidade Lusíada, 2002, pp. 69 ss.

2. La influencia de la teoría de la autoría de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas

Como en otros países, la concepción de la autoría de Roxin ha tenido gran repercusión en España. No sería justo decir que la actual posición preponderante en España de la teoría del dominio del hecho se debe en exclusiva a la adhesión a las tesis de Roxin², pero no cabe duda de que éstas han desempeñado un papel central.

Y la influencia no es sólo la ejercida en sus seguidores, sino que se refleja también en la constante atención que sus críticos³ han prestado a la concepción roxiniana a la hora de tratar la autoría, pudiendo aseverarse sin temor a errar que, como en Alemania y en otros muchos países, la discusión y el actual desarrollo de la teoría de la autoría en España no serían los mismos ni alcanzarían su magnífico nivel sin las aportaciones de Roxin.

Las limitaciones de espacio y la amplitud de aspectos de la concepción roxiniana de la autoría que han sido debatidos en España, consiguiendo adhesiones, totales o parciales, o cosechando críticas, también más o menos globales (por cierto, éstas también normalmente elogiosas de la obra de Roxin⁴), hacen imposible aquí una exposición, siquiera resumida de ellos. Por esa razón, se procederá ahora a una mención muy general y selectiva del seguimiento de las tesis roxinianas en España, para esbozar tan sólo también un panorama de otras teorías que se mantienen en España, deteniéndome en algunas que guardan relación más o menos estrecha con la del dominio del hecho, aunque sin asumirla plenamente.

Probablemente la mayor adhesión a sus tesis en España la ha provocado Roxin en materia de coautoría. Por ello y porque desde hace tiempo mantengo un debate con el maestro alemán y sus seguidores respecto del concepto de coautoría a que

2 Piénsese sólo en algunos de los primeros defensores de la teoría del dominio del hecho en España, como CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 167 s., 168 s., 172 ss. (publicado por primera vez en Alemania en: *Welzel-Fs*, 1974, pp. 635 ss., y en España en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1975, pp. 41 ss.) o BACIGALUPO ZAPATER, ya desde su obra argentina *La noción de autor en el Código penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, especialmente pp. 45 ss. (por citar sólo los primeros trabajos sobre autoría de esos penalistas), en los que la influencia del finalismo y de Welzel es evidente. No obstante, incluso en estos autores han tenido notable influjo las consideraciones de Roxin sobre la autoría.

3 Atención que se produjo desde poco tiempo después de que Roxin expusiera su concepción de la autoría y el dominio del hecho. Por citar un solo ejemplo, en la importante monografía que (con algunas otras contribuciones no monográficas, pero también muy relevantes) abre el debate moderno sobre la autoría en España, la de GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, Universidad Complutense, 1966, pp. 123 ss., 136, 144 ss., 178 ss. Los ejemplos podrían multiplicarse hasta el presente. Desde luego, es también mi caso (v. sólo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 583 ss. y *passim*).

4 Nuevamente v. sólo y a modo de ejemplo GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, cit., pp. 123 s., 124 n. 49, 136, 144, 178; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 29, 30, 546, 583, entre otras.

conduce el criterio del dominio funcional del hecho y pretendo sustentar frente a él otro, el propuesto inicialmente por Luzón Peña, de la determinación objetiva y positiva del hecho, trataré la cuestión de la coautoría separadamente y con mayor amplitud.

En general, la doctrina del dominio del hecho, en especial la influenciada por Roxin, posee gran número de seguidores en España⁵, sobre todo, como queda dicho en materia de coautoría, aunque también en otros aspectos.

Así, las muy elaboradas construcciones de Roxin en materia de autoría mediata también encuentran eco en España, e incluso defensores de otras posiciones creen que el dominio del hecho proporciona un criterio plástico excelente para caracterizar la autoría mediata⁶ o, introduciendo alguna matización previa, llegan a un tratamiento de los diversos supuestos de autoría mediata muy cercano al que propone Roxin y con frecuente apoyo en sus argumentos⁷.

Naturalmente, los aspectos en general más debatidos de la concepción de la autoría mediata de Roxin son igualmente objeto de especial debate en España. Destacaré la cuestión de la llamada autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, forma de autoría mediata que algunos aceptan⁸, pero que otros rechazamos por

5 Un amplio listado de defensores de la teoría del dominio del hecho (no sólo roxinianos) puede verse, entre otros, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *Ibid.*, pp. 561 ss.; DURÁN SECO, *La coautoría en Derecho penal: aspectos esenciales*, León, Universidad de León, 2003, pp. 164 s. n. 251; GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 240 n. 214 (refiriéndose a seguidores de Roxin). Respecto de la jurisprudencia española, pueden verse relaciones de sentencias que siguen (más o menos correctamente y a veces en combinación con otros criterios), entre otros, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 564 ss. nn. 115 ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, Comares, 1998, pp. 126 ss; GÓMEZ GONZÁLEZ, *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 192 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 113 s. n. 65; DURÁN SECO, *La coautoría en Derecho penal: aspectos esenciales*, cit., pp. 228 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, cit., pp. 543 ss. La utilización de la teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia de los últimos años es muy frecuente, especialmente en el marco de la coautoría, por lo que remito al momento en que se trate del dominio funcional del hecho para una cita de sentencias; pero también para otras formas de autoría se apela a esa teoría; así, por ejemplo, en el ámbito de la autoría mediata, v., entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS 415/2005, de 23-3 (RJ 2005\6506) o 708/2010, de 14-7 (RJ 2010\7342).

6 Así GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, cit., p. 136.

7 Es, por ejemplo, mi caso: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente", en: LUZÓN PEÑA/PEDRAZ PENALVA/CUAREZMA TERÁN (dir.), *Documentos penales y criminológicos*, Vol. 1, Managua, Hispamer, 2001, pp. 31 ss.; *Id.*, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, Comares, 2002, pp. 162 ss.

8 Sobre el problema de la llamada autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, por todos, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, Comares, 2006, *passim*. V., por ejemplo, una relación de defensores españoles de esta tesis en DURÁN SECO, *La coautoría en Derecho penal*, cit., pp. 490 s. Como sucede en el resto del mundo, en la doctrina española también se debate en tiempos recientes si esta construcción permite fundamentar autoría en los supuestos de delincuencia económico-empresarial, en las estructuras organizadas "legales" que suponen las

considerar insuficiente tal criterio para sustentar una verdadera autoría del sujeto de atrás⁹. Pese a haber sido España un país azotado por el terrorismo¹⁰, lo que podría dar lugar a pensar en una posible utilización en este ámbito de la construcción señalada, en realidad la jurisprudencia española no la ha utilizado abiertamente (aunque sí la menciona o puede haberla tenido de algún modo en cuenta), si bien se asoma a ella, aceptándola en general, pero negando que se dieran sus presupuestos en el caso concreto, en una reciente sentencia relativa a los atentados islamistas de Madrid del 11 de marzo de 2004¹¹.

empresas, existiendo posturas que defienden, como el propio ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 2006, pp. 715 ss. (= *Autoría y dominio del hecho*, traducción de la 7ª ed. alemana de CUELLO/CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 729); *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, München, C.H. Beck, 2003, pp. 55 ss., la imposibilidad de aplicar la construcción a ese ámbito, frente a otras que admiten la posibilidad: v., sobre el estado de la cuestión, por varios, las referencias de DURÁN SECO, *La coautoría en Derecho penal*, cit., pp. 520 ss.

- 9 V., por todos, la amplia exposición de las críticas a la construcción, con múltiples referencias, de FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 88 ss.; también DURÁN SECO, *La coautoría en Derecho penal*, cit., pp. 495 ss. Por mi parte, rechazo la autoría mediata en estos supuestos en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente", cit., pp. 43 s.; *Enciclopedia Penal Básica*, cit., p. 167; "Delincuencia organizada y en organizaciones. Problemas de autoría y participación", en: *Lusíada*, Série II, nº 4/5, Lisboa, Universidade Lusíada, 2007, pp. 130 ss.; "Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos", en *Revista Nuevo Foro Penal*, Nº 71, Medellín, Universidad EAFIT, 2007, pp. 133 ss., entre otros lugares. Sin embargo, en los trabajos citados advierto de que el criterio propuesto por Roxin para fundamentar autoría mediata, pese a no acabar de convencerme, pone de relieve algunas diferencias importantes con los supuestos usuales de inducción e incluso podría llegar a ser útil para fundamentar, unido a otros criterios, autoría mediata en ciertos casos de actuación en el marco empresarial.
- 10 Y que sufrió además cuarenta años de dictadura franquista (con distintas etapas de dureza, pero siempre dictadura), si bien este aspecto no sirve para mi exposición, pues, por diversas razones, en realidad no se han sometido en España a procesos penales hechos criminales del aparato organizado de poder franquista. También sufrió España, ya en el periodo democrático, un intento de golpe de Estado el 23 de febrero de 1981, en cuyo enjuiciamiento en los tribunales no se utilizó tampoco la construcción de la autoría mediata por aparatos organizados de poder.
- 11 Se trata de la STS 503/2008, de 17-7 (RJ 2008/5159), uno de cuyos pasajes reza: "La doctrina se ha cuestionado la responsabilidad del dirigente de una organización criminal respecto de hechos ejecutados por ésta en los que no interviene directamente. El llamado "hombre de atrás" puede ser considerado autor mediato en supuestos de crímenes cometidos en el ámbito de estructuras organizadas de poder. Aunque pensada para estructuras estatales al margen de la ley, la teoría podría ser aplicada si las características determinantes cuya existencia se aprecia en aquellas, son también comprobables en otra clase de estructuras. Entre esas características pueden señalarse la posición fuera de la ley; la jerarquía, que permite tanto dar la orden como su revocación, ambas de seguro cumplimiento; la responsabilidad del autor material por el hecho cometido, y la fungibilidad de éste. Pero siempre será necesario, como se ha dicho, establecer la relación del autor mediato con el hecho cometido, al menos en orden al conocimiento de su ejecución en el marco de sus responsabilidades en la organización. Bien porque haya dado la orden o bien porque, conociéndola, pueda revocarla con éxito". En otras resoluciones judiciales se menciona también la construcción, pero no existe un pronunciamiento claro al respecto. Las razones que podrían justificar la no aplicación de la construcción de Roxin en el caso de los hechos

Para concluir, señalaré que la existencia de delitos de infracción de deber (Pflichtdelikte) propuesta por Roxin¹² para fundamentar la autoría en ciertos delitos en que el criterio determinante no sería el dominio del hecho ha sido objeto de diferente acogida¹³. Pero lo más reseñable probablemente es que algunos de los autores que más fervientemente la acogen¹⁴ lo hacen en un sentido más amplio que el que Roxin pretendió darle, concretamente, con más o menos matices, por el sostenido por Jakobs¹⁵, que creo debe ser rechazado por razones que no cabe exponer aquí.

de la banda terrorista ETA (o alguna otra menos conocida fuera de España, como los GAL, montada desde el propio Estado para combatir el terrorismo etarra, incurriendo en un inaceptable terrorismo de Estado), que la jurisprudencia no menciona, podrían ser las esgrimidas por GIL GIL, “La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 2008, p. 84 (en conclusión de su amplio e interesante estudio jurisprudencial: pp. 53 ss.); v. también LA MISMA, “El caso español”, en: AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: un estudio comparado*, Bogotá, Temis, 2008, pp. 100 ss. En el conjunto de la interesante obra coordinada por Ambos y publicada en Colombia se contienen contribuciones que explican la influencia de la construcción de Roxin, además de en la jurisprudencia alemana y española, en la de diversos países latinoamericanos; al respecto, v. también el recentísimo trabajo de MUÑOZ CONDE/OLÁSOLA ALONSO, “La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España”, en *Revista Penal*, N° 27, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2011, pp. 175 ss.

- 12 ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 352 ss., 739 ss. (= 385 ss., 742 ss.); *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, cit., pp. 106 ss.
- 13 Expone cómo ha sido la recepción de la teoría de los delitos de infracción de deber por parte de la doctrina española SILVINA BACIGALUPO SAGGESE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Madrid, Marcial Pons, 2007, especialmente pp. 89 ss., en que se refiere tanto a los autores que aceptan dicha teoría (la propia autora la considera válida para explicar las reglas de autoría y participación en ciertos tipos penales de la legislación española: p. 15) como a aquellos que la rechazan o critican. También recientemente, y en relación con los problemas de interpretación del art. 65.3 CP, PEÑARANDA RAMOS, “Sobre el alcance del art. 65.3 CP: al mismo tiempo : una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber”, en GARCÍA VALDÉS Y OTROS (Coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 1419 ss., alude a las “posiciones, abiertamente enfrentadas” en la doctrina española con respecto a los delitos de infracción de deber. De gran interés me parecen las reflexiones críticas en torno al desarrollo de la doctrina de los delitos de infracción de deber de GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, Madrid - Montevideo, Edisofer – B de F, 2006, pp. 128 ss., 366 ss. y *passim*; *Delito especial con autor inidóneo. ¿Tentativa punible o delito putativo?*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 81 ss., entre otros lugares. No cabe exponer aquí la discusión actual en España respecto a la autoría y la participación en los tradicionalmente llamados delitos especiales, por lo que me he limitado a la mención de unos pocos autores y en relación con la categoría de los delitos de infracción de deber. Mi posición, reconociendo una buena parte de razón material a la construcción, pero negando la posibilidad generalizada de admitirla de *lege lata*, pese a que sería más adecuada que otras construcciones al uso para explicar supuestos como el de la llamada autoría mediata por instrumento doloso no cualificado, puede verse, entre otros lugares, en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 158 ss., 728 n. 54; “La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente”, cit., p. 46; *Enciclopedia Penal Básica*, cit., p. 169 s.
- 14 Siendo probablemente el más representativo SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, *passim*. La versión alemana del libro citado es anterior: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1999, *passim*.
- 15 JAKOBS, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlín - New York, Walter de Gruyter, 1991, pp. 655 s.

3. Otras concepciones de la autoría en España

La exposición, necesariamente muy general y sin ningún afán de exhaustividad en el marco de este trabajo, del panorama actual de la teoría de la autoría en España quedaría muy incompleta si sólo se hiciera referencia a los partidarios de la teoría del dominio del hecho y, en concreto, a los seguidores de Roxin. Pese al importante papel de ésta, en España no es doctrina unánime y se sustentan otras posiciones, algunas más o menos próximas a ella (como las que expongo en el apartado siguiente o, seguramente, algunas de las tendencias más normativizadoras recientes) y otras no tanto. En este primer apartado me voy a referir breve y selectivamente a la teoría objetivo-formal y a las concepciones fuertemente normativizadoras de la autoría.

3.1 La teoría objetivo-formal

La teoría objetivo-formal (aunque quizá fuera mejor utilizar el plural) ha gozado de reconocimiento en España, incluso dentro de la que podríamos denominar doctrina moderna¹⁶ de la autoría, durante más tiempo que en Alemania (donde recientemente parece recobrar algún aliento¹⁷), teniendo hoy todavía firmes defensores.

(apartado de la autoría en los delitos de infracción de deber), pp. 820 ss. (se refiere a los deberes en virtud de responsabilidad institucional, que dan origen a los delitos de infracción de deber). Al citado autor alemán remiten, entre otros, su discípulo SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 37 ss. (versión alemana, pp. 29 ss.); BACIGALUPO SAGGESE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, cit., pp. 80 ss. Con clara influencia de Jakobs, FIGUEROA ORTEGA, *Delitos de infracción de deber*, Madrid, Dykinson, 2008, *passim*, aunque yendo más allá que el autor alemán y generalizando la categoría.

- 16 Sobre diversos autores españoles anteriores y también más recientes que han defendido teorías objetivo-formales y que aquí no serán citados en su totalidad, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 419 ss. Un autor peculiar dentro de la teoría objetivo-formal, en especial en lo que se refiere a la fundamentación del concepto de autor fue RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en Derecho penal*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 103 ss., entre otros trabajos. Una exposición y valoración crítica de la tesis de este autor puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 514 ss. La posición de Ruiz Antón es calificada de “teoría objetivo-formal mixta” por GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, cit., pp. 277 s. También merece ser mencionada como construcción que parte de una concepción objetivo-formal, pero con peculiaridades muy importantes (tanto que, pese a vincular autoría y realización típica, considera que ciertas formas de autoría sólo lo son porque los preceptos de la parte general imputan la realización del hecho a sujetos que no realizan formalmente el hecho típico), la de OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid, Edersa, especialmente pp. 179 ss., 383 ss.; *Id.* en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal III*, Madrid, Edersa, 2000, pp. 200 ss., especialmente 204 s., 211 s., 214 s. GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, cit., pp. 323 ss., incluye dentro de las teorías objetivo-formales la sustentada por GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, cit., por ejemplo, p. 462, y *passim*, quien caracteriza la conducta de autoría como la que *ex ante* posee capacidad de lesionar de manera directa, mediata o inmediatamente, al menos de forma parcial, el bien jurídico objeto de protección penal. Tengo mis dudas respecto de tal ubicación; por lo demás, esta última autora muestra simpatías por la concepción que definiendo, si bien la considera demasiado estrecha para una correcta comprensión de la coautoría (pp. 263 ss, 460 s.).

- 17 Sobre todo (aunque con matices) a través de FREUND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin, Springer, 2009, pp. 379 s. (y también en las pp. ss.).

En la mencionada doctrina moderna se distinguen básicamente dos líneas (con diversos matices dentro de ellas). Por un lado está la que podríamos llamar teoría objetivo-formal clásica, según la cual autor es quien realiza cualquier acción ejecutiva. Por otro, la teoría objetivo-formal modificada o moderna, para la que autor es aquel cuya conducta puede subsumirse en el tenor de los tipos de la parte especial, quien realiza la acción (o alguna acción) típica.

Representante destacado en lo que he dado en llamar doctrina moderna de la primera de las versiones de la teoría objetivo-formal ha sido Vives Antón¹⁸, al que han seguido fundamentalmente miembros de su escuela científica o cercanos a ella¹⁹. Recientemente Vives Antón²⁰, a partir de consideraciones de filosofía analítica del lenguaje y de su concepción significativa de la acción²¹, considera que se habla de autoría en sentidos muy diversos, siendo el más básico y el que primariamente importa el de la realización de la acción u omisión típica (en este sentido reivindica las teorías objetivo-formales, aunque con matices, frente a la del dominio del hecho o las versiones marcadamente funcionalistas de la infracción de deber), pero que, al no existir un supraconcepto de acción, resulta imposible un concepto general de autor. Esta posición es desarrollada por Górriz Royo²², quien niega, por las mismas razones, la posibilidad de un concepto general de autor, aunque vincula la autoría a la realización del sentido del tipo de acción en cada delito, con lo que parece no desligarse de una matizada teoría objetivo-formal.

La versión modificada o moderna tuvo sus primeros defensores, coetáneamente

18 VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1977, pp. 151 ss., especialmente 179, 189 s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal: parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 353 ss. No se pretende la cita de todos los autores que defienden la teoría objetivo-formal clásica, pues hay más; se indica que su línea más moderna y elaborada es la del citado autor y sus seguidores.

19 Entre otros, DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Madrid, Edersa, 1986, p. 366; GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia", en *Poder Judicial*, N° 27, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, pp. 193 s.; ORTIZ BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal: parte general*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 226, 228 s.

20 VIVES ANTÓN, Prólogo a GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 13 ss., especialmente 18 ss.

21 Sobre ésta, v. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 201 ss. (2ª ed., *Acción significativa y derechos constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 215 ss., 497 ss.); Estudio a RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 11 ss. (así como esta obra).

22 GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor en Derecho penal*, cit., pp. 296 ss., 417 ss., 437 ss. y *passim*. Esta autora entiende que tampoco intentos como el de Schünemann y el dominio sobre el fundamento del resultado (428 s.), ni la construcción que yo sostengo, "pese a los loables y notorios esfuerzos por imprimir a la autoría un carácter restrictivo" (430 s.), consiguen alcanzar un concepto general de autor.

pero de modo independiente, en Gimbernat Ordeig²³ y Rodríguez Mourullo²⁴. Aunque existen diferencias entre ambos autores en las que aquí no podemos detenernos, se puede resumir su tesis en que autor es quien realiza el tipo correspondiente de la parte especial, aquel cuya conducta puede subsumirse sin más en el correspondiente tipo de la parte especial. El éxito de esta versión, por cierto absolutamente fiel al punto de partida de toda teoría objetivo-formal y del concepto restrictivo de autor, ha sido grande y ha contado con notables defensores²⁵. Y, en tiempos recientes, recibe un apoyo y desarrollo importantes, aunque introduciendo matices y apelando a la realización en fase ejecutiva y a la teoría de la imputación objetiva (concebida de manera razonable y limitada) en la determinación de la autoría en los delitos resultativos puros, por parte de García del Blanco²⁶, quien expresamente pretende superar problemas de la concepción de Gimbernat Ordeig²⁷.

Las teorías objetivo-formales poseen el gran mérito de haber vinculado autoría y realización típica (por ello, son sólo relativamente formales), mérito que les reconoció desde un principio el propio Roxin²⁸. No comparto además algunas de las críticas que frecuentemente se les dirigen²⁹, aunque me interesa destacar aquí que, frente a la

23 GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, cit., especialmente pp. 215 ss.; "Gedanken zum Taterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts", en *ZStW* 80, 1968, pp. 915 s.; *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Madrid, Universidad Complutense, 1979, pp. 142 s.

24 RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, Tecnos, 1966, p. 287; "El autor mediato en Derecho penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1969, p. 461 s., 476 s.; en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal I*, Barcelona, Ariel, 1972, pp. 801 s., 811 s.

25 Entre otros, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, Cymys, 1974, pp. 74 ss.; *Curso de Derecho penal Parte General*, Barcelona, Cedecs, 1997, pp. 471 ss., especialmente 478 s.; *Manual de Derecho penal Parte General*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, pp. 609 ss., especialmente 619 s.; *Comentarios al Nuevo Código Penal Parte General*, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, pp. 403, 405; *Parte General*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, pp. 613 ss., especialmente 623 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, Civitas, 1980, especialmente p. 419; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 9ª ed. Madrid, Dykinson, 1985, pp. 796, 797 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal: Parte general*, 2ª ed., Madrid, Rafael Castellanos, 1986, pp. 469 s., 471, 479, 480 ss., 486 ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia", *Poder Judicial*, Nº 27, Consejo General del Poder Judicial, 1992, pp. 200 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 18ª ed., Madrid, Dykinson, 1995, pp. 796 s.

26 GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, cit., especialmente pp. 271 ss., 344 ss., 363 ss., 680 ss. y *passim*.

27 Y de la mía: v., por ejemplo, *Ibid*, p. 363.

28 ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. (desde la 1ª ed., 1963), pp. 35 s. (= 55 s.). Yo lo he subrayado en diversas ocasiones, como por ejemplo en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 442 ss.; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale", cit., p. 584.

29 Al respecto, ampliamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, especialmente pp. 464 ss.

crítica al carácter excesivamente formalista, fenomenológico y a que explica la autoría a partir de la directa o inmediata individual³⁰, me parece suscribible la contestación de Górriz Royo³¹ advirtiendo de los riesgos que supone para el garantismo penal en materia de autoría desvincular ésta de la tipicidad³². Como veremos, la crítica se repite para otras concepciones, desde luego para la que sustento, e incluso, desde el normativismo más acentuado, para la teoría del dominio del hecho y su configuración por Roxin. Veremos que en esos casos también han respondido a la crítica voces muy autorizadas.

Con todo, ninguna de las concepciones españolas de la teoría objetivo-formal me parece convincente. La que he denominado clásica, entre otras razones³³ y sobre todo, porque, en mi opinión, entre las acciones ejecutivas y las directamente típicas³⁴ (por ejemplo, entre quien sujeta y quien clava el cuchillo en un delito de lesiones) existe un diferente grado de dominio o determinación del hecho que creo que, al menos en el Derecho español, debe ser tenido en cuenta al caracterizar la autoría; como esta crítica gira en torno al mismo argumento en virtud del cual rechazo el dominio funcional del hecho como caracterizador de la coautoría por suponer sólo un dominio negativo frente al positivo que, en mi opinión, detentan los verdaderos coautores, remito sin más a la parte de este trabajo en que me ocupo de esa cuestión. Y es posible que no sea fácil alcanzar un concepto general de autor para todos los delitos (no sé si muchos pretenden

30 Muy claro en este sentido SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, Comares, 2004, pp. 40 s.

31 GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor en Derecho penal*, cit., p. 294. Creo que tiene razón esta autora al señalar que en las concepciones más normativizantes de la autoría, la adscripción de ésta al tipo, en vez de constituir un límite del *ius puniendi*, parece un obstáculo para su ejercicio (entiendo que para el ejercicio que esas concepciones consideran adecuado, cosa que no todos, obviamente, compartimos).

32 V. también una crítica dura de la posición normativizadora de la autoría de Jakobs en VIVES ANTÓN, Prólogo a GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor en Derecho penal*, cit., pp. 16 ss. (no tan duro, pero también crítico, respecto del dominio del hecho, pp. 15 s.).

33 Ampliamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 454 ss.

34 Uno de los aspectos más criticados de mi concepción de la autoría (en esto no relacionada con la de LUZÓN PEÑA) es que sostengo que en los delitos que describen más de una acción típica, podría ser (se trata de una cuestión de interpretación de cada tipo de la parte especial) que no todas fueran nucleares, siendo sólo estas las propias de la autoría. Este es un aspecto secundario, desde luego, de mi concepción de la autoría y creo que las críticas se deben sobre todo a un mal entendimiento de lo que sostengo, motivado seguramente por una defectuosa explicación inicial mía (con algún ejemplo de una legislación que hace tiempo ya no está en vigor, cambiando mucho las cosas en la vigente) en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 504 ss., que he intentado esclarecer, respondiendo a las críticas, posteriormente: v., entre otros trabajos, LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría", cit.; en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, N° 2, 2003, p. 99 n. 28; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en *Enciclopedia Penal Básica*, cit. p. 146.

tal cosa), pero habrá que convenir que la idea de realización típica, aunque insuficiente (por falta de determinación), sí debe ser la idea rectora común de toda autoría.

En cuanto a la que he denominado versión modificada o moderna de la teoría objetivo-formal, muchas pueden ser las matizaciones críticas que se hagan a uno u otro aspecto o desarrollo de ella³⁵, pero, sobre las bases de un concepto realmente restrictivo de la autoría y su vinculación al tipo, me parece que es, en líneas generales, correcta. El problema es que parece incompleta, en especial en relación con los delitos puramente resultativos, pues no ofrece un criterio material, que se mantenga en los límites del concepto restrictivo de autor, para caracterizar al autor frente a otros causantes del resultado. No es posible discutir aquí como merecen los meritorios intentos de superar este y otros supuestos defectos de esta versión de la teoría objetivo-formal llevados a cabo por García del Blanco (pensando especialmente en la coautoría), aunque diré provisionalmente que me parecen interesantes, pero insuficientes.

3.2 Las propuestas (fuertemente) normativizadoras

Hace mucho tiempo que se reconoció en España que la propia teoría del dominio del hecho sustenta un concepto normativo de autoría³⁶ e incluso se ha subrayado que la caracterización del dominio del hecho por Roxin supuso el inicio de una fuerte normativización de éste³⁷. Y resulta evidente el componente normativo en otras construcciones como la de la pertenencia del hecho de Mir Puig, a la que me referiré más abajo³⁸. Yo mismo (solo o con Luzón Peña)³⁹ he expuesto el fundamento normativo de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho a la que hago alusión también más adelante. Pero en el presente epígrafe deseo hacer mención sólo de la posiciones de ciertos autores que realizan propuestas especialmente normativizadoras del concepto de autor, que, en sus casos más extremos, recuerdan la línea de autores

35 Por mi parte, v., entre otras, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., 488 ss.

36 A título de mero ejemplo, expresamente, SILVA SÁNCHEZ, "Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención: El ejemplo del funcionario penitenciario", en: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 38, Madrid, Edersa, 1989, p. 388.

37 Así GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, cit., p. 110; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor en Derecho penal*, cit., p. 350.

38 Puede verse cualquiera de las obras de los defensores de esa construcción que se citan al hilo de su exposición; es más, la normativización se acentúa en los desarrollos recientes a que en ese apartado se hace referencia.

39 V., entre otros trabajos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 532, 637 s., entre otras pp.; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwicklung als Täterschaftsmerkmale", cit., pp. 581 ss.

alemanes como, entre otros, Jakobs⁴⁰ o Lesh⁴¹, (con una renuncia al concepto restrictivo de autor) aunque no necesariamente defendiendo las mismas posiciones que éstos.

Resulta complicado, en esta breve panorámica de la situación española, hacer aquí una selección de autores, pues sus posturas no son comunes ni defienden el mismo grado de normativización de la autoría, por lo que es posible que la selección que realizo resulte algo caprichosa y, desde luego, la brevedad con que describo la construcción de cada uno no hace justicia a las aportaciones de estos autores, de mucho valor, como, por otro lado, lo son la mayoría de los trabajos recientes sobre autoría en España, especialmente en el caso de las monografías. Con estas advertencias, selecciono algunos ejemplos.

Feijoo Sánchez⁴² se apoya en una concepción amplia de la imputación objetiva (próxima a la de Jakobs) para rechazar concepciones fenomenológicas, objetivo-causales o psicofísicas del dominio del hecho, sosteniendo que la autoría se caracteriza por el dominio normativo, entendido como dominio competencial del hecho.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles⁴³ se pronuncia claramente por una dogmática normativista del Derecho penal que en materia de autoría supere las antiguas concepciones, sobre todo las finalistas, del dominio del hecho, para caracterizar la autoría por la infracción de deber y el dominio del hecho basado en la incumbencia normativa, que identifica con la posición de garante.

Robles Planas⁴⁴ somete al dominio del hecho y al tipo a una fuerte normativización,

40 Entre otros lugares y partiendo inicialmente de una concepción del dominio del hecho próxima a la de Roxin, JAKOBS, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, cit., pp. 611 ss.; “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal*, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, 2000, pp. 165 ss.; “Beteiligung”, en DOLLING (ed.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, pp. 561 ss.

41 LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main (y otras), Peter Lang, 1992, *passim*; *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, 1995, *passim*, especialmente pp. 56 s., 63 s., entre otros lugares.

42 FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en Derecho penal?*, Granada, Comares, 1999, pp. 11 s., 55 s., 75 ss.; “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español”, en *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, especialmente pp. 242 ss.; *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Barcelona, Reus, 2007, pp. 15 s., 211 ss.; *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Montevideo, B de F, 2009, pp. 1 ss., especialmente 37 s.

43 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., *passim*, especialmente pp. 153 ss.; *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 95 ss.

44 ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Barcelona, Marcial Pons, 2003, pp. 261 ss.; *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 12 ss. (la cita entrecomillada en el texto corresponde a la p. 30 n. 23, contraponiendo su opinión a la de Maraver Gómez).

conectando estrechamente la teoría de la intervención delictiva con la de la imputación objetiva (concebida de forma muy amplia) y concluyendo que la diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa (dice que es una discusión más terminológica que de fondo), lo que engarza claramente con los autores alemanes citados y tendencialmente apunta a un concepto unitario de autoría o, mejor, de intervención (él habla de concepto extensivo, contraponiéndolo al restrictivo, si bien señala que es erróneo concluir que aboga por un concepto unitario). Dice también: "Por consiguiente, el principio de autorresponsabilidad no habla a favor del concepto restrictivo de autor, ni siquiera de un 'concepto de autor', sino de la necesidad de individualizar la responsabilidad penal de acuerdo con el grado de responsabilidad de cada uno".

En distinto plano, creo, habría que situar a los dos últimos autores que voy a citar, porque, pese a mantener posiciones también marcadamente normativistas, parecen esforzarse más en mantener la adscripción de la autoría a la realización típica y no parten de conceptos tan amplios de imputación objetiva.

Sánchez Lázaro⁴⁵ no insiste tanto en el concepto de imputación objetiva como en la necesidad de abandonar concepciones naturalísticas y fenomenológicas, incapaces de fundamentar correctamente la autoría y que no pueden dar respuestas adecuadas a los problemas del Derecho penal actual (concepciones cuyo proceder está "agotado"), por lo que propone una fundamentación normativa de la autoría, conectada con la tipicidad, que caracterizaría aquella (en especial para los delitos imprudentes, objeto de su trabajo, pues en los dolosos, otras concepciones, sin ser del todo satisfactorias, podrían "asumirse con argumentos como una mayor determinación típica, etc.") como la que muestra la máxima expresión de responsabilidad delictiva, lo que conducirá a un concepto restrictivo de autor (es decir, diferenciador de formas de autoría y de participación, en su opinión y por razones de política criminal, también estas punibles) también en los delitos imprudentes.

Cabe citar también la posición de Maraver Gómez⁴⁶, conectada con el principio de autorresponsabilidad y una concepción (en mi opinión demasiado amplia) de la imputación objetiva, para quien autor es aquel a quien se le imputa objetiva y directamente la realización del tipo de la parte especial, o sea, aquel que ostenta una determinada posición de garante y es competente del riesgo típicamente desaprobado que conduce al resultado típico, frente al partícipe, que, de lo que es competente es del riesgo típicamente desaprobado que da lugar a la conducta del autor (en una

45 SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, cit., *passim* (v., entre otras, especialmente, pp. 96 ss., planteando el concepto de autor que desarrolla, de forma por cierto muy interesante, en el resto de la obra citada, donde se analizan las formas de autoría y participación en el delito imprudente).

46 MARAVER GÓMEZ, "Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad", en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 627 ss.

imputación objetiva indirecta de la realización del tipo). Conviene poner de manifiesto que el afán de este autor (no tan presente en otros) es mantener un concepto restrictivo de autor con base objetiva, válido (también) para los delitos imprudentes, y, en este sentido, escapa a la crítica genérica que de inmediato se realizará⁴⁷.

Si difícil resultaba seleccionar autores en este apartado, imposible parece realizar la valoración crítica que estuviera en consonancia con la calidad y esfuerzo de las construcciones solamente enunciadas, por lo que renunciaré a ella. Sin embargo, creo que, cuanto más normativizadora sea la propuesta y más se aleje de la idea de autoría como realización típica (y esto no sucede por igual en toda las tesis normativizadoras mencionadas), más puede estar sometida a las advertencias de Górriz Royo citadas al hilo de la valoración de las teorías objetivo-formales. O a las críticas de Schünemann⁴⁸ contra la caracterización de la autoría por el “normativismo radical” (personificado en Jakobs) y su recordatorio o reivindicación (mencionando a Roxin) de las descripciones típicas como caracterizadoras de la autoría y base de su tesis del dominio sobre el fundamento del resultado. A la cuestión de lo fenomenológico y lo normativo en materia de autoría volveré aún otra vez más adelante.

Por lo demás, entiendo que a la imputación objetiva pretende dársele en ocasiones un alcance excesivo⁴⁹ que acaba disolviendo diversas categorías de la teoría del delito, sin que con ello se gane en precisión, en seguridad y en garantías (alguno de los fines a que debe servir la dogmática jurídico-penal), si bien no puedo fundamentar aquí esta afirmación. Y, en cuanto a las relaciones entre autoría e imputación objetiva, quizá algunas afirmaciones de Luzón Peña⁵⁰ han llevado a pensar que quienes sustentamos su tesis aislamos excesivamente ambas categorías, ordenándolas además de modo muy estricto; desde luego no es mi caso⁵¹. De cualquier manera, creo que es mejor

47 De hecho, MARAVER GÓMEZ, *ibid.*, pp. 657 ss., rechaza expresamente las posiciones de Jakobs y Lesch. Por otro lado, en la tendencia española a dotar a las concepciones de la autoría de un carácter más objetivo que en Alemania, cree este autor (p. 650 s. n. 77) que, con otras, deben destacarse “muy especialmente” los planteamientos de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho (que es la que considero adecuada, como se verá).

48 SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro”, en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 981 ss., especialmente 983 ss. y, en concreto, 986 s.

49 V., denunciando el fenómeno, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal: parte general*, Madrid, Universitas, 1996, pp. 387 s.

50 LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación: estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Barcelona, PPU, 1990, pp. 89, 96, 108 ss., 109 n. 8 (= *Estudios Penales*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 200 s., 201 n. 8, en lo que se refiere a las últimas referencias).

51 V., por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 495 n. 270; en: LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, cit., p. 146.

no considerar sin más la autoría (y la participación) como una parte de la imputación objetiva⁵², entendida esta en los términos limitados que considero más adecuados.

4. ¿Versiones heterodoxas de la teoría del dominio del hecho?

4.1 Precisiones

El título de este apartado no tiene pretensiones de escrupuloso rigor, por lo que aparece entre signos de interrogación. Reproduce la terminología que utilicé para referirme a las construcciones de Mir Puig y de Luzón Peña (esta última, la que yo mismo sustento) hace ya tiempo⁵³. Mi pretensión era designar construcciones que, sin estar claramente apartadas de la del dominio del hecho, buscaban fundamentar ésta de otra forma y colmar las insuficiencias observadas, según esos autores, en la doctrina dominante. Pero, naturalmente, como ya advertía entonces⁵⁴, de heterodoxia se podría hablar en otras versiones del dominio del hecho y, entre las citadas, resulta más heterodoxa la de Luzón Peña hasta el punto de ser discutible que se la pueda emparentar con la del dominio del hecho (aunque pienso que sí). A ello cabe añadir ahora que podrían incluirse como versiones heterodoxas de la teoría del dominio del hecho, por ejemplo, al menos algunas de las que funcionalizan fuertemente el concepto de autor, a las que ya me he referido, u otras cercanas a las que aquí menciono, entre las que me permitiré destacar la sustentada por Díez Ripollés⁵⁵, que, con la pretensión de un fuerte anclaje en el CP español vigente y los elementos materiales claves del “acceso al tipo” y el “control del suceso típico”, aspecto éste último que se concretaría “en el dominio objetivo del suceso” se aproximaría bastante (aunque con algunas diferencias) a la propuesta por Luzón Peña, que yo he intentado desarrollar.

52 Ya en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 494 ss. V. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal: parte general*, cit., p. 387. Alerta de la “en cierta medida alarmante” tendencia moderna a suplantarse el juicio de autoría por el de imputación objetiva o a determinar la primera mediante la segunda HERNÁNDEZ PLASENCIA, “*Imputación objetiva versus dominio del hecho*”, en DÍEZ RIPOLLÉS (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 735 ss. (y, en concreto, 736). Le sigue GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor en Derecho penal*, cit., p. 374.

53 En DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., 603 ss., donde incluía entre las “versiones” además la posición de un autor alemán, BLOY, en su obra *Die Beteiligungsfom als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985, de la que, por razones obvias, no me ocuparé aquí.

54 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 603 s.

55 DÍEZ RIPOLLÉS, “Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 27, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 217 ss. (= en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, 1998, Madrid, UNED, pp. 25 ss.). Sin embargo, considera que la tesis de este autor se halla próxima a la teoría objetivo-formal clásica GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor en Derecho penal*, cit., pp. 278 s.; y la cree cercana a la teoría objetivo-formal moderna o modificada, “al menos en los resultados a los que llega”, aunque la considera aún más restrictiva GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, cit., p. 262 n. 323.

Sea como fuere, al margen de la cuestión terminológica, se trata aquí de mencionar brevemente dos construcciones importantes para completar (aunque no de modo exhaustivo) el panorama de la autoría en España.

4.2 La teoría de la pertenencia del hecho

Mir Puig⁵⁶ intenta superar lo que considera carencias de las versiones al uso de la teoría del dominio del hecho (a la que, especialmente en aspectos como la coautoría, está muy cercano) a través del criterio que denomina pertenencia del hecho, que, en todo caso, conduce a resultados bastante coincidentes con los de la doctrina del dominio del hecho. Según este criterio, “sólo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la pertenencia, exclusiva o compartida, del delito; de entre aquellos causantes, el delito pertenecerá como autor a aquél o aquéllos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo (esto es importante en los delitos especiales), aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización”⁵⁷. En otro pasaje, leemos y podemos encontrar el principio rector de la construcción de Mir Puig: “Entendemos la autoría como una relación de pertenencia del delito, que concurre en el sujeto causante del mismo al que puede y debe imputársele (el delito, no sólo su realización fáctica) como suyo porque ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputárselo”⁵⁸.

El fundamento de la construcción de Mir Puig se observa, en mi opinión, particularmente bien en el supuesto de la llamada autoría mediata por instrumento doloso no cualificado, que él admite, entendiendo que es autor mediato y no mero inductor el *intra-neus*, porque el ejecutor material *extra-neus*, también causante, el que domina fácticamente el hecho, carece de la cualificación necesaria para ser autor típico y, por tanto, no puede disputarle la pertenencia del hecho al cualificado.

Esta construcción de Mir Puig ha sido seguida básicamente por discípulos suyos⁵⁹ directos o de “segunda generación”, pudiendo mencionarse especialmente el desarrollo de ella para la autoría mediata realizado por Bolea Bardon⁶⁰, quien insiste con razón en

56 MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, 8ª ed., Barcelona, Reppertor, 2008, pp. 365 ss. (naturalmente, desde ediciones anteriores).

57 Ibid, p. 376.

58 Ibid, p. 384.

59 Así, sin afán de exhaustividad, hace ya tiempo, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 347 s., 363 ss.; SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención: El ejemplo del funcionario penitenciario”, cit., pp. 388 ss., quien, aunque habla de dominio del hecho, sin duda sustenta la construcción de Mir Puig (expresamente en p. 388 n. 98, y claramente en p. 191, con cita de Mir en n. 112 de esa p.). Además de quienes se citan a continuación, mencionaré a GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, cit., pp. 380 ss., en relación con el supuesto del llamado instrumento doloso no cualificado.

60 BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, passim (sobre la necesidad de criterios materiales, especialmente 74). El criterio de esta autora es seguido por otros;

la necesidad de aportar criterios materiales para perfilar lo que sea la pertenencia del hecho y concluye en el criterio del dominio del riesgo o, más recientemente, Fernández Bautista⁶¹, quien, entre otras cosas, lo vincula al concepto de competencia, que remite a Jakobs⁶², si bien no se conforma con él para perfilar la relación de pertenencia, e intenta extraer de todo ello consecuencias para el concepto de administrador de hecho o de Derecho en los delitos societarios.

No es posible exponer más ampliamente esta tesis y sus desarrollos posteriores. Tampoco es posible valorarla ampliamente⁶³. Reconociendo mucho interés a la construcción, baste decir, al menos en cuanto a la concepción original de Mir Puig, que la crítica principal que puede dirigírsele consiste, en mi opinión, en que parece partir de la premisa de que el hecho siempre ha de pertenecer a alguien. Ello se observa especialmente bien en el supuesto de la llamada autoría mediata mediante instrumento doloso no cualificado: demos por bueno que al ejecutor *extraneus* no le puede pertenecer el hecho (por su falta de cualificación), pero, ¿por qué sí al mero inductor *intraneus*? Responder que porque ningún otro le puede disputar la pertenencia o es una mera petición de principio, cosa improbable en un autor que se preocupa tanto por la fundamentación y la coherencia como Mir Puig, o revela un excesivo valor de la causalidad (que, desde luego, no es un factor desdeñable en absoluto). Cualquier causante parece que podría ser autor, siempre y cuando no haya otro que pueda disputarle la pertenencia del hecho. La fundamentación recuerda en parte a la del concepto unitario de autor más clásico, si bien, evidentemente, sin generalizar la condición de autor a todos los intervinientes. Y me parece que, llevada al extremo, podría incluso contradecir el principio de accesoriedad limitada de la participación: ¿por qué al partícipe en un hecho justificado, cuando no le alcanza personalmente la justificación, no se le convierte en autor si el ejecutor justificado no puede, por ello, disputarle la pertenencia del hecho? Determinar si los desarrollos posteriores de esta construcción, pese a que constituyan avances, superan sus puntos más débiles no es posible aquí, aunque creo que o se están separando de ella o no logran superar la crítica principal que he dirigido a la teoría de la pertenencia del hecho.

por ejemplo, lo acepta DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia: autoría y participación*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 33 ss., desarrollándolo en toda la obra para los delitos imprudentes (este autor valora la construcción que sustento y a la que enseguida me referiré, de la que opina constituye un avance muy importante, aunque cree que falta todavía algún criterio material añadido: pp. 31 ss., 34 s.).

61 FERNÁNDEZ BAUTISTA, "La adscripción de un hecho a su autor: la pertenencia del hecho, especial referencia al administrador", en LÚZON PEÑA (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010, pp. 563 ss. V. también de lo, *El administrador de hecho y de derecho: aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*, Valencia, Tirant lo blanch, 2007, pp. 140 ss., 200 ss.

62 En concreto cita un trabajo de Jakobs en: JAKOBS/CANCIO MELIÀ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, Grijley, 2000, pp. 87 ss.

63 Una valoración crítica amplia (que luego he resumido en otros lugares) la llevé a cabo en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 616 ss.

4.3 La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho

Luzón Peña⁶⁴ propuso como criterio caracterizador de la autoría, especialmente en los delitos resultativos (y sin descartar otros criterios para determinados casos) el de la determinación objetiva y positiva del hecho (*objektive positive Tatbestimmung*). Posteriormente yo mismo⁶⁵ o Luzón Peña y yo⁶⁶ hemos desarrollado estas ideas, que han sido aceptadas por otros autores⁶⁷ y han experimentado ulteriores desarrollos por

-
- 64 Especialmente LUZÓN PEÑA, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1984)", en *Revista de Derecho de la Circulación*, Madrid, 1984, pp. 275 ss. (*Derecho Penal de la Circulación*, 2ª ed., Barcelona, PPU, 1990, pp. 81 ss.; y sobre todo *Id.*, "La 'determinación objetiva del hecho': observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1989, pp. 889 ss. (*Derecho Penal de la Circulación*, cit., pp. 105 ss.; *Estudios Penales*, cit., pp. 197 ss.).
- 65 En múltiples trabajos, pero en especial en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., *passim* (por ejemplo, para la coautoría y a modo de conclusión, pp. 677 ss.).
- 66 Luzón Peña/Díaz y García Conlledo, "Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwicklung als Täterschaftsmerkmale", cit. pp. 575 ss., especialmente 584 ss.
- 67 Así, al menos, con mayores o menores matices, AGUSTÍN JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 124; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia: comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989", en *Poder Judicial*, Nº 27, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, p. 209; ALBERTO JORGE BARREIRO, "La imprudencia profesional", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993-1, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 247; CALDERÓN CEREZO, "Autoría y participación en el delito imprudente. Concurrencia de culpas", en *Cuadernos de Derecho Judicial* 1993-1, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 28; GONZÁLEZ RUS, "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994-39, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 86 ss., 97 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 148 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 397 ss.; ROSO CAÑADILLAS, "La concurrencia de imprudencias: Sus efectos en la teoría del delito", en *Poder Judicial*, Nº 46, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 281; *Autoría y participación imprudente*, Granada, Comares, 2002, *passim*; GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información y teoría de la codelincuencia*, Granada, Comares, 1998, pp. 217 s., 229 n. 276, 271 n. 396; OLAZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 174; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, "El caso de la colza: la responsabilidad de la administración (comentario a la STS de 26 de septiembre de 1997)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 (1999), Madrid, UNED, p. 367 n. 10; "Algunas reflexiones acerca del problema causal y la auditoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados", en *Documentos penales y criminológicos*, Vol. 1, Managua, Hispamer, 2001, p. 75; *Enciclopedia Penal Básica*, cit., p. 795; GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pp. 158 ss., 200 ss., 355 ss.; DURÁN SECO, *Tribunales de Justicia y Audiencias Provinciales 2000-19*, pp. 20, 24 s.; *Id.*, *La coautoría en Derecho penal: aspectos esenciales*, cit., pp. 266 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN (coord.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, Universidad de León, 2004, p. 68. Claras simpatías por nuestro criterio, en materia de delitos imprudentes, muestra SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *La "codelincuencia" en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 46 ss. (v., por ejemplo, p. 46 n. 44). También fuera de España se ha acogido nuestra tesis; por ejemplo, en Colombia ARAMBURU CALLE, "La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación", en

alguno de ellos, entre los que cabe destacar el que realiza Roso Cañadillas⁶⁸ para el delito imprudente.

Muy resumidamente, puesto que esta construcción es ya conocida también en Alemania⁶⁹, diré que creo que, en un concepto restrictivo de autor que conserve sus ventajas, autoría y realización típica han de estar estrechamente unidos. Autor debe ser quien realice la conducta que más directamente realice el tipo correspondiente de la parte especial, que más directamente se enfrente a la norma prohibitiva o imperativa contenida en el mismo y, por tanto, que esa norma tenga la mayor perentoriedad o urgencia en evitar (fundamento normativo jurídico de la autoría⁷⁰). Esa conducta sería la que realiza la acción típica que, en los tipos puramente resultativos (aunque la idea es válida para otros tipos), se concreta mediante el criterio siguiente: autor es quien con su conducta determina⁷¹ (o domina, si es que al dominio se le puede privar del carácter subjetivo) objetiva y positivamente el hecho.

El que se trate de una determinación o dominio objetivos hace que el criterio sirva también para los delitos imprudentes; el que se exija que sea positivo (es decir que decida realmente el si y el cómo del hecho y no meramente su posible no producción) evita extensiones del concepto de autor que harían perder las ventajas de un auténtico concepto restrictivo, extensiones especialmente innecesarias dada la regulación de las formas de participación en el CP español, como veremos.

Revista Nuevo Foro Penal, N° 68, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, especialmente pp. 101 s.; SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, *passim* (por ejemplo, pp. 24, 264, 390 s.). Incluso un autor no claramente cercano a nuestra tesis como SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 107, parece señalarla como criterio válido de autoría (al menos en el contexto de los delitos imprudentes). Recuérdese también la cercanía que aprecio a nuestra posición en DIEZ RIPOLLÉS, “Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal”, cit., pp. 217 ss. (= en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit. pp. 25 ss.). Igualmente, como ya he señalado, considero que muestra simpatías por nuestra tesis, si bien acaba considerándola demasiado estrecha en la contemplación de la coautoría GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, cit., pp. 263 ss, 460 s. Y, en todo caso, hay autores que señalan la compatibilidad de nuestra propuesta con la regulación de la autoría y la participación en el CP español vigente; así, por ejemplo, sin pronunciarse claramente por uno u otro criterio de autoría (aunque sí por un concepto restrictivo de autor también en el delito imprudente), PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid, Civitas, 1999, p. 73 n. 109.

68 En distintos trabajos, entre los que destaca su monografía ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, cit., *passim*.

69 Me remito al tantas veces citado trabajo de LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwicklungung als Täterschaftsmerkmale”, cit., pp. 575 ss., con ulteriores referencias.

70 Ampliamente, por ejemplo, *ibid*, pp. 581 ss.

71 Téngase muy en cuenta la advertencia o precisión terminológica que realizamos en LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwicklungung als Täterschaftsmerkmale”, cit., p. 590.

Las críticas también han sido numerosas y se refieren a diversos aspectos de nuestra construcción⁷². No resulta aquí posible una exposición y respuesta, siquiera esbozadas, de tales críticas. Probablemente la más importante y la que más implica en la polémica a la concepción de Roxin es la que se dirige contra nuestra concepción de la determinación o dominio del hecho como positivo. De ella me ocupé ampliamente en el apartado siguiente. Mencionaré, muy brevemente, otras dos: las que atacan el carácter objetivo del criterio que proponemos⁷³ y la que lo acusa de tratarse de un criterio puramente fenomenológico, naturalístico, sin contenido normativo⁷⁴. Debo advertir que mis respuestas tienen que ser aquí muy genéricas y no diferencian los distintos aspectos de los críticos, que los hay y algunos muy interesantes⁷⁵.

En cuanto a la primera crítica, no se trata de que desliguemos plenamente el aspecto subjetivo de la autoría ni le dejemos de dar importancia. Simplemente intentamos destacar lo que consideramos que es peculiar de la autoría, sin que ello signifique en absoluto que no pueda influir en cuestiones relativas a la autoría y la participación⁷⁶.

En lo referente a la segunda crítica, ya se ha dicho bastante al hilo de la exposición y valoración de otras tesis, por lo que omitiré aquí reiterar citas. No creo que nuestro criterio sea puramente fenomenológico, naturalístico. Como ya he reiterado, he

72 En especial, incluso por seguidores de nuestra tesis, se ha criticado un aspecto marginal (y además, de mi cosecha, no de la de Luzón Peña), como indico *supra* n. 34. No me detendré aquí en esta crítica.

73 A título de mero ejemplo, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito*/2, Madrid, Tecnos, 2001, p. 212, 212 n. 28; "Täterschaft und Teilnahme im neuen spanischen Strafgesetzbuch von 1995", en SCHÜNEMANN (dir.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin - New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 551, 551 n. 8 (y en otros trabajos); HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, Comares, 1996, pp. 73, 75 ss. (pese a reconocer ventajas a nuestra concepción: p. 72); SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, cit., pp. 68 ss. (si bien este autor cree que nuestra propuesta, "dentro de las de carácter fenomenológico, constituye, a nuestro juicio, la más sugerente de las realizadas hasta ahora para los delitos imprudentes": p. 68); GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 329 s., 332.

74 Nuevamente, sin pretensiones de exhaustividad, en los últimos años SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, cit., pp. 97, 473 (aunque en esa p. la crítica parece no sólo dirigida a nuestra concepción); GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, cit., p. 330, aunque en mi caso, sí cree que acudo a un criterio normativo (y parece que en el de Roso Cañadillas también: pp. 331, 332 s.); FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en Derecho penal?*, cit., pp. 37 s. y n. 40 de esas mismas pp., con referencias a obras anteriores suyas.

75 Una respuesta amplia y detallada frente a algunas de estas (y otras) críticas, desde la defensa de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, ofrece ROSO CAÑADILLAS en un trabajo de inminente publicación: *¿La obsolescencia de la determinación objetiva y positiva del hecho?*

76 V., entre otros lugares, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 443, 443 n. 99; 579 ss.; en *Enciclopedia Penal Básica*, cit., p. 146; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale", cit., pp. 587 ss.

propuesto un fundamento normativo para él⁷⁷, que podrá juzgarse correcto o equivocado, pero que no creo que pueda tildarse de puramente fenomenológico. Entre otras cosas porque busca anclar firmemente la autoría a la tipicidad. ¿Qué mayor normativismo que el que atiende muy especialmente a lo que dice la ley? Y con ello, naturalmente, no pretendo afirmar que ésta sea la única forma de normativismo aceptable en Derecho penal.

Sin embargo, si se exagera (sólo si se exagera) la vinculación entre autoría e imputación objetiva o la teoría de la autoría y la participación se sustituye por ésta o si se prescinde de todo dato fenomenológico en la construcción de las categorías, figuras o distinciones jurídico-penales, realmente cabe hacer una configuración de la autoría (y de la tipicidad, en realidad) ampliatoria, totalmente desligada de la acción típica, que, si se lleva demasiado lejos, se convierte en funcional a tal extremo que resulta caprichosa, pensada a medida para resolver como a uno le parece los problemas sin más (o poco más) que la conveniencia político-criminal (o, peor aún, la mera opinión personal). Por eso, ni en este tema ni en general en las cuestiones penales, renuncio a un anclaje fenomenológico o naturalístico (propio del delito), sin que ello obligue a olvidar las perspectiva normativa (empezando por lo que significa la ley positiva) y funcional en lo que resulta razonable⁷⁸.

77 No es posible aludir aquí al fundamento normativo de la autoría que, en su libro sobre el delito imprudente plantea una crítica de nuestra concepción como GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, cit., pp. 334 ss., que creo que posee algún aspecto en común con el que yo propongo o el que plantea ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, cit., p. 533.

78 Baste para apoyar lo que digo la cita (que se une a otras anteriores) de dos trabajos que considero excelentes, aunque, naturalmente, hay más: SCHÜNEMANN, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en SCHÜNEMANN (dir.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin - New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 12 ss. (quien trata ampliamente la cuestión también en otros trabajos); MIR PUIG, "Límites del normativismo en Derecho penal", en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 665 ss. (también en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-18, 2005; en *Studi in onore de Giorgio Marinucci I*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, 455 ss.; en alemán, "Grenzen des Normativismus im Strafrecht", en HEFENDEHL (ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln - Berlin - München, Heymann, 2005, pp. 77 ss.). Por supuesto, como ya se ha señalado, son diversas las concepciones de la autoría que no rechazan una normativización del concepto de autor, pero que, sin embargo, no prescinden de elementos ontológicos. Por citar un ejemplo más, en este caso desde una perspectiva finalista, mencionaré a CUELLO CONTRERAS, "La estructura ontológica de la autoría y la participación y su correspondencia axiológica", en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coord.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 275 ss., 288; "Autoría y participación en un sistema lógico-funcional", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 97, Madrid, Edersa, 2009, pp. 19 ss., especialmente 31 ss., 46 ss.; El Derecho penal español: Parte general, Vol. II, (2), Madrid, Dykinson, 2009, especialmente pp. 158 ss.; con carácter más general y no sólo en relación con la autoría y la participación, lb., "Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08-01, 2006 (<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-01.pdf>).

5. Crítica a la concepción de la coautoría de Roxin (el dominio funcional del hecho)

5.1 Introducción

Roxin ha conseguido especial adhesión en España, tanto en la doctrina⁷⁹ como en la jurisprudencia⁸⁰, en lo que se refiere a su caracterización de la coautoría (en los delitos de dominio) a través del dominio funcional del hecho. No hace falta explicar aquí en qué consiste éste⁸¹. Baste subrayar que, dentro de la teoría del dominio del hecho, resulta un criterio más riguroso y estricto que otros al exigir los tres requisitos de plan común o resolución conjunta, esencialidad de la contribución y actuación en fase ejecutiva.

También es conocida mi posición crítica respecto de este criterio y la consiguiente caracterización de la coautoría, que considero todavía excesivamente

79 En realidad prácticamente todos los autores que en España defienden la teoría del dominio del hecho, mantienen en materia de coautoría el criterio del dominio funcional del hecho, por lo que vale hacer las mismas remisiones que *supra* n. 5. Por poner un solo ejemplo de un autor que, defendiendo una teoría del dominio del hecho de corte finalista, con origen en Welzel, caracteriza la coautoría a través del dominio funcional del hecho, citaré a CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito*/2, cit., pp. 224 s.; "Täterschaft und Teilnahme im neuen spanischen Strafgesetzbuch von 1995", cit., pp. 554 s. (y también en trabajos anteriores; hay que advertir de que este autor cree que también es autor quien realiza la acción típica, aunque no tenga dominio del hecho, del mismo modo que lo es el que tenga dominio del hecho sin realizar la acción típica: p. 213 de la primera de las obras citadas y 551 de la segunda). Sin defender, como sabemos, la teoría del dominio del hecho, creo que MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, cit., pp. 394 ss., puede ser incluido entre quienes caracterizan la coautoría a través del dominio funcional del hecho.

80 Además de las remisiones *supra* n. 5, en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo cabe citar, entre otras y con mayor o menor corrección, las STS 338/2005, de 16-3 (RJ 2005\3555); 474/2005, de 17-3 (RJ 2005\4308); 1049/2005, de 20-9 (RJ 2005\7089); 1139/2005, de 11-10 (RJ 2005\8581); 1151/2005, de 11-10 (RJ 2005\7346); 732/2006, de 3-7 (RJ 2006\3985); 1003/2006, de 19-10 (RJ 2006\7706); 1032/2006, de 25-10 (RJ 2006\7115); 1145/2006, de 23-11 (RJ 2007\583); 77/2007, de 7-2 (RJ 2007\1921); 370/2007, de 23-4 (RJ 2007\2151); 468/2007, de 18-5 (RJ 2007\3141); 519/2007, de 14-6 (RJ 2007\5664); 601/2007, de 4-7 (RJ 2007\5101); 258/2007, de 19-7 (RJ 2007\4869); 850/2007, de 18-10 (RJ 2008\462); 563/2008, de 24-9 (RJ 2008\5598); 774/2008, de 19-11 (RJ 2009\327); 768/2008, de 21-11 (RJ 2009\46); 892/2008, de 26-12 (RJ 2009\1875); 7/2009, de 7-1 (RJ 2009\1314); 80/2009, de 26-1 (RJ 2009\1386); 147/2009, de 12-2 (RJ 2009\5967); 107/2009, de 17-2 (RJ 2009\4820); 219/2009, de 19-2 (RJ 2009\1671); 581/2009, de 2-6 (RJ 2009\6627); 813/2009, de 7-7 (RJ 2009\5979); 825/2009, de 16-7 (RJ 2010\1989); 800/2009, de 21-7 (RJ 2009\7004); 933/2009, de 1-10 (RJ 2009\5987); 1028/2009, de 14-10 (RJ 2009\5992); 915/2009, de 19-10 (RJ 2009\5747); 1370/2009, de 22-12 (RJ 2010\315); 1323/2009, de 30-12 (RJ 2010\2982); 84/2010, de 18-2 (RJ 2010\3500); 314/2010, de 7-4 (RJ 2010\4854); 338/2010, de 16-4 (RJ 2010\5557); 460/2010, de 14-5 (RJ 2010\5804); 513/2010, de 2-6 (RJ 2010\3489); 671/2010, de 2-7 (RJ 2010\7191); 666/2010, de 14-7 (RJ 2010\7343); 708/2010, de 14-7 (RJ 2010\7342); 964/2010, de 20-10 (JUR 2010\390558); 963/2010, de 21-10 (RJ 2010\7878); 954/2010, de 3-11 (JUR 2010\396166); 1024/2010, de 23-11 (JUR 2010\411222).

81 V., entre otros trabajos, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 275 ss., 719 ss. (= *Autoría y dominio del hecho*, cit., pp. 305 ss., 731 ss.); *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, cit., pp. 77 ss.

amplia, desbordando los límites de un concepto verdaderamente restrictivo de autor también en la coautoría. No obstante, como éste es un punto central de discusión, la resumiré.

5.2 El plan común o resolución conjunta

No tengo nada que objetar a la idea del plan común o resolución conjunta como abrazadera que permite, con la división del trabajo o la acumulación de esfuerzos, hablar de una acción conjunta y realizar una imputación recíproca. Simplemente cabe subrayar que, obviamente tal plan o tal resolución son, a lo sumo, un requisito necesario, pero no suficiente de la coautoría, pues también pueden estar presentes en supuestos de coparticipación e incluso en supuestos de codelincuencia con autores y partícipes⁸².

5.3 La esencialidad de la contribución

5.3.1 La exigencia

Elemento fundamental en la concepción roxiniana de la coautoría (en realidad, en general, en la teoría del dominio del hecho) es la esencialidad de la contribución. Dice Roxin que “es coautor ... todo interviniente cuya aportación en el estadio de ejecución constituye un resultado imprescindible para la realización del resultado perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento conforme a su función la empresa total existe o fracasa”⁸³. Así, el elemento de la esencialidad de la contribución se entiende de tal modo que, si el sujeto deja de prestar su contribución, todo el plan común se viene abajo y fracasa (es decir, entendido como algo más que poder de interrupción, que también poseería un tercero mediante actuaciones positivas como la de acudir a la policía)⁸⁴.

82 En España, como en Alemania, hay voces que no consideran esencial para la coautoría el mutuo acuerdo; así, una reciente especialista y monografista del tema como GARCÍA DEL BLANCO, “El mutuo acuerdo: problemas de imputación objetiva y subjetiva en coautoría”, en: CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 296 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, cit., pp. 637 ss. Los argumentos de esta autora no pueden ser analizados aquí, pero resultan dignos de atención.

83 ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 280 (= *Autoría y dominio del hecho*, cit., pp. 310 s.).

84 ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 278 ss., 283 s. (= *Autoría y dominio del hecho*, cit., pp. 309 ss., 313 s.); “Sobre la autoría y la participación en el Derecho penal”, en JIMÉNEZ HUERTA (ed.), *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho: en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Panneditte, 1970, pp. 67 s.; en *Juristische Arbeitsblätter*, München, Franz Vahlen, 1979, pp. 523 ss.; en *Leipziger Kommentar*, 11ª, Berlín, 1993, § 25 nm. 189 ss.; *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, cit., pp. 87 ss.

5.3.2 La crítica

Pues bien, ya Gimbernat Ordeig⁸⁵ señaló que la esencialidad de la que habla Roxin no confiere al sujeto un dominio del hecho “con la misma intensidad que el autor en sentido estricto o el autor mediato” y, posteriormente, Luzón Peña⁸⁶ puso de manifiesto críticamente que el dominio que confiere la prestación de cualquier contribución esencial es puramente negativo (aunque más fuerte que el mero poder de interrupción mediante una actividad positiva), frente al positivo (o determinación positiva) que caracterizaría al verdadero coautor, crítica que yo he desarrollado posteriormente y a la que se han adherido otros autores⁸⁷. Creo efectivamente que el que realiza una aportación esencial lo único que consigue es que el hecho no se detenga (más que un poder sobre el “sí” del hecho, detenta un poder sobre el “no”, sobre la “no producción” del mismo). Pero, por mucho que se empeñe, con su actuación no puede decidir positivamente que el hecho se produzca: suponiendo un acto esencial de vigilancia en un robo (que no todos lo serán), por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa no habrá robo, es decir, está en manos de otro u otros la realización del tipo; quienes toman la cosa determinan positivamente sin embargo el robo. Entre ellos hay por tanto una diferencia de grado de dominio, que, desde la perspectiva por mí adoptada, supone un diferente grado de enfrentamiento a la norma de unos y otros, y con ello una distinta perentoriedad en la pretensión de la norma de evitar esas conductas. Será la de quien determine positivamente el hecho la que más directamente se enfrente a la prohibición típica y la que la norma prohibitiva (del robo en nuestro ejemplo) tenga un interés más inmediato en evitar y, por tanto, ésa será la conducta de autoría. Igual se puede observar una diferencia de dominio, por poner otro ejemplo, entre quien sujeta a la víctima de unas lesiones (negativo) y quien clava el cuchillo (positivo).

5.3.3 La réplica

Sin embargo, esta idea de un dominio meramente negativo ha sido discutida con énfasis desde las filas de los defensores del dominio funcional del hecho⁸⁸. Así, por

85 GIMBERNAT ORDEIG, “Gedanken zum Taterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts”, en *ZStW* 80, 1968, pp. 933 s.

86 LUZÓN PEÑA, “La ‘determinación objetiva del hecho’: observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, cit., pp. 895 s., 896 n. 23 (= *Estudios Penales*, cit., pp. 205 s., 206 n. 23).

87 Al menos, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, cit., pp. 397 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, cit., pp. 402 s. (en este último caso, sin compartir nuestra tesis de la determinación objetiva y positiva del hecho, pero desde una postura que considero no demasiado alejada de ella); DURÁN SECO, *La coautoría en Derecho penal: aspectos esenciales*, cit., pp. 196 ss.

88 Sin embargo, aunque sin conexión con la crítica, desde esas filas admite abiertamente que el dominio

ejemplo, Bacigalupo Zapater⁸⁹ señala que “la teoría del dominio del hecho no conduce a un dominio negativo..., pues lo que configura la realización concreta del hecho es el aporte positivo del partícipe y no la omisión de su retirada. En este sentido, es evidente que el que sujeta a la víctima del homicidio o la lesiona, domina positivamente el hecho, pues hace algo que configura el hecho en su realización... De todos modos, no se comprende qué importancia tiene que el dominio del hecho sea ‘negativo’ o ‘positivo’, ni en qué sentido ello puede afectar a la corrección de los resultados a los que se llega con la teoría del dominio del hecho. En realidad, la suposición de un dominio del hecho ‘negativo’ es sólo una ilusión, pues el dominio del hecho no surge de la posibilidad de retirar el aporte, sino de participar contribuyendo con un aporte”.

Enlazando con esta última idea y argumentando de modo muy amplio y también interesante, Pérez Alonso⁹⁰ cree que “la coautoría como dominio funcional del hecho supone un dominio positivo en sentido material, es decir, que el sujeto (coautor) ha de *prestar* una contribución independiente y esencial, funcionalmente adecuada en el marco del plan global, para la realización conjunta del hecho (art. 28,1º CP) (poder sobre el SI). Ahora bien, este dominio se puede corroborar de forma negativa valorando si la *omisión* de esa contribución hace fracasar el hecho. Pero la idea del desbaratamiento del plan es sólo un medio auxiliar (negativo) para confirmar el dominio positivo, pues éste lleva implícito un dominio negativo. Por tanto, el desbaratamiento del plan no es el factor determinante del dominio funcional del hecho, sino la relevancia objetivo-material del aporte prestado que cumple una función independiente y esencial”⁹¹.

Y el mismo Roxin⁹² discrepa de mí en cuanto a que el dominio que se deriva de la tesis del dominio funcional del hecho sea meramente negativo, aduciendo que, en el ejemplo que yo también manejo de quien sujeta a la víctima (para mí partícipe, para él coautor) mientras otro le clava el cuchillo, “el que sujeta realiza mediante la ‘preparación’ o ‘puesta a disposición’ de la víctima una aportación a la realización del tipo tan ‘positiva’ como la del que clava el cuchillo”, siendo el fracaso del plan en caso de que desista de su aportación tan sólo el reverso ‘negativo’ de ese co-dominio

funcional del hecho confiere un dominio negativo VALDÁGUA, “Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten”, en *ZStW* 98 (1986), p. 871.

89 BACIGALUPO ZAPATER, “Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho Penal”, en *Poder Judicial*, Nº 31, 1993, pp. 37 s. Estas observaciones las hace Bacigalupo en contestación a otras contenidas en el comentario crítico que, junto a otros autores, realizamos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, “Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia”, cit., p. 208, comentando una sentencia del Tribunal Supremo español de la que es ponente el propio Bacigalupo.

90 PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, cit. pp. 247 ss., 263 ss., entre otras.

91 *Ibid.*, p. 263.

92 ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 721 (= *Autoría y dominio del hecho*, cit. p. 732); *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, cit., pp. 101 s.

positivo". Por tanto, no habría diferencia con la situación del que clava el cuchillo, de modo que nuestra "pretendida diferenciación no puede fundamentar una diferente valoración de las aportaciones parciales".

5.3.4 La contrarréplica (y la nueva réplica de Roxin... y a ésta)

He intentado responder a esas réplicas a la crítica, de modo más o menos conciso, en diversos lugares⁹³. Intento hacerlo una vez más aquí ahora.

Creo que no es fácil negar que todos los intervinientes en un hecho (es decir, todos los que ejercen alguna influencia en él) lo configuran en alguna medida y, en este sentido, ejercen algún tipo de dominio sobre él (el hecho no sería el mismo, ni siquiera *ex ante*, sin la contribución de todos ellos). Sin embargo, esta idea no puede fundamentar, si se parte de las premisas de un concepto restrictivo de autor, que todos los intervinientes en un hecho sean autores del mismo. Parece claro que el grado de dominio ejercido por unos y otros es diferente. Así, por ejemplo, quienes realizan aportaciones esenciales al hecho poseen un mayor dominio que quienes aportan contribuciones no esenciales. Y, sin embargo, creo que cabe hacer ulteriores distinciones, en concreto entre quienes ejercen sólo un dominio negativo del hecho (en mi opinión, partícipes, aunque de especial relevancia) y quienes ejercen uno positivo (los verdaderos coautores, según mi criterio).

Conviene hacer dos precisiones, que expondré de un modo sucinto. En primer lugar, determinar a qué se llama positivo y a qué negativo es siempre discutible, pues depende del contenido que se quiera dar a esos términos. Por ello, es comprensible que los defensores de la teoría del dominio funcional del hecho consideren que el dominio negativo del que hablamos es el reverso de un dominio positivo (y, desde luego, lo que jamás hemos querido señalar Luzón Peña y yo es que el dominio funcional del hecho no requiera una aportación positiva del sujeto). Pero aclarado que lo que queremos significar es que existen diferencias de dominio (quien sujeta a la víctima o vigila en el robo no puede producir la muerte o lesiones o el robo –no mata ni lesiona ni sustrae-, mientras que el que clava el cuchillo o sustrae decide –determina positivamente- la muerte, lesiones o robo –mata, lesiona o sustrae-), los términos son lo de menos, y lo importante es que existe una diferencia que a su vez puede (no necesariamente debe, aunque yo creo que sí) fundamentar una diferente valoración jurídica de las conductas.

93 V. respecto de unos u otros de los autores citados, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Coautoría' alternativa y 'coautoría' aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría", cit., pp. 316 n. 118; "¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (II)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 9, Madrid, UNED, 2002, especialmente pp. 317 ss.; "La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano", en *Derecho Penal y Criminología XXV* 76, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 56 ss.; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwicklung als Täterschaftsmerkmale", cit., pp. 594 s. n. 66. Alguno de los aspectos de mi crítica frente a Roxin son admitidos incluso desde fuera de la concepción que sustento; así SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, cit., p. 410, 410 n. 267.

Pero, en segundo lugar (aunque en conexión con lo anterior) y muy importante: la determinación de los límites de la (co)autoría es una cuestión que no viene expresa y definitivamente resuelta por la ley, sino que en buena medida depende de consideraciones e interpretaciones valorativas. Por tanto, podría decidirse que las diferencias de dominio entre los sujetos antes citados no han de tenerse en cuenta (por ejemplo, por no ser tan grandes como las que existen entre otros intervinientes) y considerarlos a todos coautores. Esta decisión puede verse favorecida por las consecuencias penológicas a que lleve una u otra calificación, como enseguida veremos. Sin embargo, en el Derecho penal español es perfectamente posible y conveniente traducir en diferentes valoraciones jurídicas las diferencias de dominio antes citadas: quien sujeta y quien vigila dependen en mayor medida de quien clava el cuchillo y de quien sustrae que éstos de aquéllos, estos últimos, al decidir o determinar positivamente el hecho, se enfrentan de la manera más directa posible a la norma y, por tanto, parece lógico que sea su conducta la que la norma quiere primariamente (o con mayor perentoriedad) evitar; por tanto, la responsabilidad de éstos será autónoma (autores), mientras que la de los primeros será accesoria (partícipes). Con ello se mantienen al máximo las ventajas de un concepto restrictivo de autor centrado en la realización típica.

Roxin⁹⁴ ha contestado, continuando el debate, a la contrarréplica señalada, diciendo que, en el ejemplo del que sujeta y el que clava el cuchillo (referido ahí a un homicidio), tampoco el que clava el cuchillo podría matar sin el otro, de manera que ambos serían condiciones positivas de la muerte. Desde luego, no negaré que sean condiciones de la muerte, ni discutiré (por ser en buena medida una cuestión terminológica) su carácter de positivas. Simplemente creo que entre ellas cabe encontrar una diferencia en cuanto al peso en el hecho, una diferencia de dominio; cuestión distinta y dependiente de otras circunstancias (esencialmente de la pena que se pueda imponer) es si el umbral de la coautoría debe fijarse en atención a esa diferencia, como yo propongo. Creo que el propio Roxin⁹⁵ lo viene a reconocer cuando dice que un concepto tan estricto de coautoría como el aquí sustentado puede mantenerse y reconoce incluso la ventaja de su cercanía al tipo, si bien cree que sería inadecuado para el Derecho alemán, que no conoce, como el español, la figura de la cooperación o complicidad necesaria. Creo que, como en tantas otras cosas, Roxin acierta en esto, como enseguida veremos.

94 ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, cit., p. 102, en referencia al trabajo de Luzón Peña y mío donde la exponíamos.

95 *Ibid.*, p. 102.

5.4 La actuación en fase ejecutiva

El concepto de coautoría en la teoría del dominio del hecho se ve restringido sin duda por la exigencia formulada por Roxin de que la actuación del sujeto se produzca en fase ejecutiva. Este intento de restricción parece loable frente a la amplitud que adquiere la coautoría en otras versiones de la teoría del dominio del hecho. Pero este requisito resulta en cierta medida contradictorio con la idea de Roxin de que el dominio funcional lo confiere el poder desbaratar el plan común con sólo retirar la contribución propia, pues ello puede suceder con determinadas contribuciones en fase preparatoria⁹⁶. Realmente creo⁹⁷ que el requisito de la actuación en fase ejecutiva supone un loable intento (no compartido por gran parte de la doctrina alemana) de no desvincular en exceso la coautoría de la realización típica; la idea la ha expresado gráficamente Rudolphi al referirse a la “adscripción al tipo” (“*Tatbestandsbezogenheit*”) del concepto de dominio del hecho en la coautoría⁹⁸.

Pérez Alonso⁹⁹ contesta a algunas críticas, entre ellas la mía, al requisito de la actuación en fase ejecutiva, con varios argumentos, el más importante de los cuales me parece que es que señala que la crítica mezcla equivocadamente este requisito con el de la esencialidad de la contribución, cuando uno y otro operarían en dos niveles diferentes: el primero determinando el objeto del dominio (el hecho punible) y el segundo su contenido (configuración del hecho). Antes de la fase ejecutiva no habría hecho punible y, por tanto, no sería posible la coautoría. Reconociendo mucho mérito a las explicaciones de este autor, sin embargo, como he razonado detalladamente en otro lugar¹⁰⁰, no me parecen convincentes, pues creo que quien realiza una aportación esencial en fase preparatoria domina (ex ante si se quiere) el hecho, en el sentido de la teoría del dominio funcional del hecho (otra cuestión será el grado de dominio); otra cosa es que no realice el tipo, pero ello ya no tendría que ver con la situación de dominio. Y también quedaría por explicar por qué, ya en relación con la realización del tipo, se igualan todas las conductas esenciales realizadas en fase ejecutiva, todas las

96 Así ya GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, cit., p. 149 s.

97 Como ya puse de manifiesto en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 672 ss. y he repetido otras veces, como p. ej. en: LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwicklung als Täterschaftsmerkmale”, cit., p. 595.

98 RUDOLPHI, “Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft”, en KAUFMANN/BEMMANN/KRAUSS/VOLK (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München - Berlin, C. H. Beck, 1979, pp. 369 ss. (*passim*), entre otros trabajos.

99 PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, cit., pp. 229 n. 81, 230 s. n. 82.

100 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (I)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 8, Madrid, UNED, 2001, pp. 393 ss.

simultáneas a esa fase, sin distinguir entre las ejecutivas (por ejemplo, tomar el dinero en un asalto bancario) y las simultáneas no ejecutivas (como vigilar de manera esencial en ese mismo atraco). Nótese que echo en falta una explicación desde las premisas de las que parte este autor (y otros) y ni siquiera entro a valorar aquí si esa diferencia es significativa.

Por su parte, también Roxin¹⁰¹ insiste en que sólo se puede codominar el hecho interviniendo en la fase ejecutiva: "... el que actúa en la preparación, incluso si presta una contribución irremplazable, deja el suceso en manos de otro y no puede codominarlo, en cuanto que deja a otro la ejecución. Por ello, un codominio de la realización típica sólo es posible mediante la división del trabajo en la fase ejecutiva". Pero, si esto es así, nuevamente se podría replicar que quienes realizan contribuciones sólo simultáneas a la fase ejecutiva, pero no ejecutivas, también sueltan de sus manos el hecho y dejan la ejecución a otros (naturalmente, asumir esto supondría una vuelta a la teoría objetivo-formal clásica a la que no están dispuestos los defensores del dominio funcional del hecho) e incluso podría apuntarse que lo de dejar en manos de otros, aunque sea parcialmente, la ejecución, es algo presente en toda coautoría. Con ello no resto valor al requisito en cuestión, sino que intento subrayar que tiene más que ver con la no separación excesiva de la conducta del coautor de la realización típica (lo que, repito, me parece muy loable) que con el dominio del hecho.

Pero, sea como sea lo anterior, en definitiva, y desde mi perspectiva, la exigencia de actuación en fase ejecutiva no explica que guarden la misma relación con el tipo la conducta de quien sujeta a la víctima de unas lesiones que la de quien clava el cuchillo para producírselas o la de quien vigila de manera esencial en un robo y la de quien toma la cosa; más bien creo, como he señalado, que guardan una relación distinta, que debe traducirse en la consideración de unos como partícipes y otros como autores, sin que ello conduzca a consecuencias materiales insatisfactorias, como veremos, en el Derecho penal español, y permitiendo mantener un concepto de coautoría estrechamente vinculado a la realización típica y coherente al máximo con el concepto restrictivo de autor y sus ventajas.

En el apartado siguiente responderé a alguna otra crítica recibida por el concepto de coautoría que sustento.

101 ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, cit., p. 101 (v. también 198 s. y ya mucho antes ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, -1ª ed., 1963-, pp. 294 s. = 325 s.). V. por mi parte DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (I)", cit., pp. 395 ss.

6. Un concepto verdaderamente restrictivo de autor también en la coautoría. Su practicabilidad en España y sus dificultades en Alemania

6.1 ¿Un concepto tan restrictivo de coautoría que resulta superfluo?

Entiendo que el concepto de coautoría que sustento, caracterizado por el dominio o determinación positiva y conjunta del hecho, más restrictivo que el que se deriva del criterio del dominio funcional del hecho, supone una mayor coherencia con un concepto restrictivo de autor del que prácticamente todos los autores dicen partir y permite conservar mejor las ventajas de éste¹⁰².

Sin embargo, precisamente este carácter muy restringido del concepto de autoría que sustento ha sido también objeto de críticas, normalmente desde las filas de los defensores del dominio funcional del hecho¹⁰³.

Así, Pérez Alonso¹⁰⁴ cree que el concepto de coautoría que sustento desconoce la mutua dependencia e imputación recíproca de las contribuciones de los coautores, no siendo en definitiva capaz de construir con significado jurídico la coautoría, pues sólo serían autores los que ejecutan el hecho de propia mano, careciendo de sentido la coautoría, contra lo establecido por el párrafo primero del art. 28 CP, y suponiendo en definitiva una vuelta a la teoría objetivo-formal.

Una crítica parcialmente coincidente con esta la realiza el propio Roxin¹⁰⁵ cuando considera que este concepto de coautoría es demasiado estricto y que la mayoría de los casos de coautoría que de él se derivan pueden ser contemplados ya como supuestos de autoría inmediata (de pluriautoría, por tanto, si se quiere).

También he procurado contestar a estas críticas¹⁰⁶ y lo hago aquí nuevamente. El

102 V., ampliamente, entre otros trabajos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 677 ss.; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwicklung als Täterschaftsmerkmale", cit., pp. 580 ss., 595 ss.

103 Aunque no sólo. Así, por ejemplo, desde las filas de la teoría objetivo-formal, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia", cit., pp. 198 ss., reconocen la coherencia de mi concepto de coautoría con el concepto restrictivo de autor que sustento, si bien señalan que incluso en mi concepción "existen supuestos en los que la coautoría representa una ampliación de la responsabilidad criminal [que ellos no rechazan], más allá del hecho típico directamente imputable como obra propia al sujeto" (p.198). Sin embargo y sin negar corrección a la observación de estos autores, entiendo que lo que señalan significa sólo que la coautoría es una forma de autoría distinta de la inmediata individual, pero tan ligada a la realización típica como ésta.

104 PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, cit. pp. 261 ss.

105 ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, cit., p. 721 (ya desde la 7ª ed., 200, 686 = 732).

106 Luzón Peña/Díaz y García Conlledo, "Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwicklung als Täterschaftsmerkmale", cit., pp. 596 s. n. 75; Díaz y García Conlledo, "¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad? (II)", cit., pp. 315 ss.

concepto de coautor sustentado es más restrictivo, pero no superfluo, y atiende también a la idea de la interdependencia funcional en plano de igualdad (interpretada de modo estricto) y a la de imputación recíproca de las contribuciones: así, por ejemplo, sin el recurso a la coautoría (a la ejecución conjunta que menciona el primer párrafo del art. 28 CP), no es posible fundamentar la autoría de un delito (consumado) de homicidio de cada uno de los dos sujetos que matan habiéndose puesto de acuerdo y dividiéndose el trabajo a un tercero, siendo así que la muerte sólo se produce (y sólo se puede prever ex ante su producción) por la conjunción de las heridas que cada uno de ellos infiere. Y, frente al ejemplo del hurto que Roxin¹⁰⁷ opone a mi concepción (cada uno que toma la cosa es ya autor inmediato del hurto), cabe señalar que, sin apelar a la coautoría no podría comprenderse la autoría de un hurto por valor de 500 euros de cada uno de los tres sujetos que se ponen de acuerdo para sustraerlas, de modo que uno tomará 200 euros, otro la misma cantidad y el tercero 100 euros (la cuantía es en este caso claramente relevante en el Derecho español, pues cada sujeto sólo es autor individual de una falta de hurto del art. 623.1 CP, mientras que, apreciando coautoría, los tres serían coautores de un delito de hurto del art. 234 CP, cuyo tipo exige la sustracción de una cosa cuyo valor exceda de 400 euros). O, por poner un ejemplo más, variando el clásico de autoría accesoria (con mayor precisión: paralela o yuxtapuesta) en el que dos personas ponen, de manera independiente y sin saber ni tener que saber una de la acción de la otra, cada una una cantidad de veneno insuficiente para causar la muerte de la víctima, pero que conjuntamente son letales, muriendo efectivamente aquella (autoría individual e inmediata de tentativa de asesinato para cada sujeto por falta de imputación objetiva del resultado a cada una de ellas), de manera que los sujetos actúan concertadamente (coautoría de asesinato consumado para los dos sujetos).

Por tanto, sí que se aprecia con significado jurídico la coautoría, que no resulta superflua (aunque sí más restringida). No se exige que la herida o la sustracción o el envenenamiento se realice de propia mano (en nuestros ejemplos, cada sujeto podría, por ejemplo, realizar su aportación a través de otro en —co-autoría mediata), y desde luego, no se trata de una vuelta a la teoría objetivo-formal (sin despreciar lo acertado de ésta: la adscripción al tipo de la autoría¹⁰⁸). Se trata de combinar criterios materiales (apreciar las diferencias de dominio que se producen entre los distintos intervinientes en un hecho) con la estricta vinculación al tipo que debe poseer la coautoría en un concepto restrictivo de autor que conserve sus ventajas.

107 ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, cit., p. 721 (ya desde la, 7ª ed., 2000, 686 = 732).

108 Apreciando este aspecto de la teoría objetivo-formal, sin compartirla, v., p. ej., ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 35 s. (= 57 s.); DÍAZ Y GARCÍA CONILLO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 451 s.; en *Enciclopedia Penal Básica*, cit., p. 144; "La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano", cit., p. 41.

6.2 Las dificultades de ciertos ordenamientos (como el alemán)

Creo que la razón más poderosa (aunque no expresada a menudo) para la extensión en Alemania (y otros países) del concepto de autor en la coautoría radica en que al sujeto que presta una colaboración esencial en la empresa delictiva común o se le califica de coautor (pena de cualquier autor, completa: § 25 StGB) o, si no, necesariamente ha de calificársele de cómplice, con la consiguiente rebaja obligatoria de pena (§ 27 StGB), lo que materialmente resulta insatisfactorio¹⁰⁹. Por ello seguramente conceptos de coautoría como el que propongo resulta difícil de aceptar en Alemania y otros países con una regulación similar de la codelincuencia. No es el caso de España (y algunos otros países)¹¹⁰.

En España (como en algunos otros países), junto a la complicidad (simple), que supone una rebaja de pena obligatoria al cómplice (arts. 29 y 63 CP), existe una figura de complicidad o cooperación necesaria (muy mayoritariamente considerada participación y no autoría), conminada con la misma pena de la autoría (arts. 28, segundo inciso, b y 61 CP). El art. 28, segundo inciso b) CP se refiere a ella así: “Los que cooperan a su ejecución (scil. del hecho) con un acto sin el cual no se habría efectuado”, lo que evoca la idea de esencialidad de la contribución para el hecho del autor o autores¹¹¹.

Frente a lo que opinan otros autores en España, soy firme partidario del mantenimiento de la figura de participación de la cooperación (o complicidad) necesaria, si bien es cierto que la redacción hipotética que el legislador español da a la figura ha producido un sinfín de controversias, especialmente en lo que se refiere a su distinción de la complicidad (simple), por lo que propongo una formulación positiva de la misma, que precisamente recoge en buena medida la idea del dominio funcional del hecho, si bien (por considerarlo meramente negativo) como caracterizador de una forma especialmente grave de participación, apuntando, en una relación abierta, criterios para determinar la esencialidad de la contribución (tema en el que aquí no se ha entrado). En concreto (aunque el énfasis no se pone en la redacción literal, sino en los criterios materiales que contiene), propongo: “Serán castigados con la misma

109 Así, como sabemos, viene a reconocerlo ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, cit., p. 102, en el debate con la posición que sostenemos LUZÓN PEÑA y yo mismo.

110 Estas ideas las he expuesto, con diferente detenimiento, en diversos lugares. V., a modo de ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 676 s.; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwicklung als Täterschaftsmerkmale”, cit., p. 597.

111 Ampliamente sobre esto y lo que sigue DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 645 ss.

pena que los autores¹¹² quienes, sin serlo, cooperen al hecho con actos ejecutivos o con otros que aparezcan como de carácter esencial, de manera que contribuyan de forma especialmente relevante a la realización del hecho. En la determinación de la esencialidad de la contribución se tendrán en cuenta, entre otros factores, el carácter escaso o abundante de la aportación y el condicionamiento de los autores a la intervención del cooperador”¹¹³.

Propongo, por lo tanto, también, la introducción de una figura similar de cooperación o complicidad necesaria¹¹⁴ en Alemania, que permitiría sostener sin problemas un concepto de coautoría más estricto y congruente con el concepto restrictivo de autor del que casi siempre se dice partir.

112 En realidad, podría incluso discutirse (como en el caso de la inducción) si debe producirse una equiparación de penas con la autoría (si bien tiendo a pensar que sí) o si sería más adecuado establecer una pena intermedia entre la de la autoría y la de la complicidad (simple).

113 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, cit., p. 668.

114 También podría establecerse una atenuación sólo facultativa de la pena de la complicidad, si bien prefiero la solución mantenida en el texto; sobre las razones para ello, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, cit. pp. 665 s.